

Dissertation : La concurrence est-elle compatible avec la liberté d'entreprendre ?

Selon le décret d'Allarde de 1791 « *il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art, ou métier qu'il trouvera bon* ». Ce texte énonce le principe de liberté du commerce et de l'industrie. Ce principe a été reconnu par le Conseil d'Etat comme un principe général du droit dans l'arrêt Daudignac de 1951. Il a aujourd'hui valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 16 janvier 1982 relative aux lois de nationalisation.

Cette même décision consacre également la liberté d'entreprendre qui constitue le corolaire la liberté du commerce et de l'industrie et qui possède aussi une valeur constitutionnelle. Cette liberté d'entreprendre permet l'application d'un logique libéraliste dans un cadre plus large que celui délimité par la liberté du commerce et de l'industrie. Selon le Conseil Constitutionnel, elle découle de l'application de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) qui pose le principe selon lequel tout individu a le droit de « *faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». Ainsi, on peut considérer la liberté d'entreprendre comme le droit d'exercer l'activité de son choix.

Aujourd'hui, la liberté d'entreprendre est considérée comme essentielle en matière commerciale puisqu'elle permet le développement de nombreuses activités qui rendent le marché actif. Elle garantit le droit d'exercer une activité dans tous domaines. Elle conduit donc à des situations de concurrence dans lesquelles plusieurs acteurs commerciaux exercent des activités similaires dans des secteurs identiques. Ainsi, la liberté d'entreprendre est à la source du principe de libre concurrence selon lequel une personne ou une entreprise, alors qu'elle exerce la même activité que d'autres personnes ou entreprises, peut tout mettre en œuvre pour rendre les services qu'elle propose plus attractifs et pour écarter ses concurrents du marché. La stratégie employées doit bien entendu respecter certains principes tels que l'interdiction d'une concurrence déloyale.

De cette manière, la relation entre liberté d'entreprendre et concurrence présente un caractère dual puisque ces deux notions sont liées mais puisqu'il arrive également qu'elles se portent atteinte.

Il paraît donc intéressant d'étudier plus en profondeur cette relation afin de déterminer le degré de compatibilité entre concurrence et liberté d'entreprendre.

Pour cela, il faudra tout d'abord constater que ces deux notions sont en apparence compatibles puisque la concurrence et la liberté d'entreprendre entretiennent un relation d'interdépendance (I) mais cette opinion devra ensuite être nuancée au regard des atteintes que la concurrence peut porter à la liberté d'entreprendre (II).

I. L'interdépendance entre concurrence et liberté d'entreprendre.

Du fait de ses origines, la concurrence apparaît comme compatible avec la liberté d'entreprendre puisqu'elle en est le corolaire et qu'elles sont toutes deux étroitement liées par des relations d'interdépendance. En effet, le développement de situations de concurrence est lié à l'exercice de la liberté d'entreprendre (A) tandis que les règles garantissant la libre concurrence sont à la fois protectrices de la liberté d'entreprendre (B).

A. L'exercice de la liberté d'entreprendre source de concurrence.

La liberté d'entreprendre est une notion qui désigne le droit pour tout individu d'exercer l'activité de son choix. Toute personne ou entreprise peut donc développer une

activité dans tous domaines et même si d'autres personnes ou entreprises exercent déjà une activité similaire.

On peut déduire de *L'Etat et les chemins de fer* de Léon Walras le fait que la liberté d'entreprendre soit nécessaire à la satisfaction des besoins de la population et soit source de concurrence.

L'auteur y fait une distinction entre intérêts publics, identiques et égaux pour tous, qui intéressent les hommes en tant que membres de la communauté, et intérêts privés qui intéressent les hommes en tant qu'individus et correspondent à des besoins divers et inégaux pour chacun d'entre eux. C'est cette seconde catégorie qui justifie le développement de la liberté d'entreprendre. En effet, ces besoins étant divers, il devient nécessaire de proposer des services variés afin de les satisfaire de manière efficace. Les individus peuvent être conduits à développer des besoins inégaux dans les mêmes domaines. Il faudra donc mettre en place des services de même type mais avec des degrés différents. Par exemple, une entreprise concevant et vendant des automobiles devra diversifier sa production et proposer des berlines, des citadines, des voitures de sport, des 4x4 etc. La liberté d'entreprendre permettra alors à d'autres personnes ou entreprises de développer des activités plus performantes que celles existantes dans les mêmes domaines afin de satisfaire efficacement les besoins de chaque individu. C'est ainsi que se développe le concept de concurrence. Les personnes ou entreprises exerçant des activités identiques vont devoir défendre leurs intérêts face à leurs concurrents et attirer la clientèle qui se trouve en situation de choix au regard des différents produits et services proposés. De cette manière, la concurrence permet la mise en place de prix compétitifs et avantageux pour les consommateurs qui recherchent toujours la satisfaction de leurs besoins à moindre coût.

Ainsi, l'exercice de la liberté d'entreprendre est à la source du développement de la concurrence ce qui permet de dire que ces deux notions entretiennent un rapport d'indépendance. En allant plus loin, on constate que cette relation est en réalité une relation d'interdépendance puisque la liberté d'entreprendre est elle aussi garantie par l'existence de la concurrence.

B. La libre concurrence garantie de la liberté d'entreprendre.

La libre concurrence est un principe selon lequel toutes personnes ou entreprises exerçant des activités identiques peuvent tout mettre en œuvre afin de proposer des produits ou prestations attractifs de par leur qualité et leur prix pour attirer la clientèle. Cette notion favorise l'exercice de la liberté d'entreprendre puisqu'elle permet la mise en œuvre de tout moyen visant à développer une activité commerciale ou de production dans les limites de la conformité à la loi et du respect des droits d'autrui.

La libre concurrence est protégée contre toutes pratiques visant à fausser le jeu de la concurrence et à la limiter.

Cette volonté de protection se manifeste par le biais de la politique de la concurrence qui est un courant de pensées ayant pour but d'éliminer ou du moins de restreindre les

comportements publics ou privés visant à limiter la concurrence afin de favoriser le bien-être des citoyens. Cette théorie a, dans un premier temps, été appliquée aux États-Unis avec le Sherman Act de 1890. Elle apparaît en France avec le traité de Rome de 1957 qui tente de généraliser la protection de la concurrence au niveau de la Communauté européenne.

Ainsi, le Traité CE assure une protection contre les monopoles exercés par les pouvoirs publics dans certains domaines avec le principe de l'égalité des conditions de concurrence entre services publics et initiatives privées. Par ailleurs, son article 37 exige la disparition progressive des monopoles nationaux. De plus l'Etat et les collectivités locales ne peuvent plus octroyer des aides susceptibles de fausser la concurrence à certaines entreprises et sont soumis à un contrôle de la part de la Commission.

De cette manière, la compétence des personnes publiques est de plus en plus limitée par le droit communautaire en matière d'activités commerciales et de production. Cela élargit le champ d'exercice de la liberté d'entreprendre puisque plus aucun domaine n'est réservé à l'activité de l'Etat ou de ses démembrements. Cela lui garantit également une certaine protection en réduisant les risques d'entrave à l'exercice d'une activité.

La concurrence fait bénéficier la liberté d'entreprendre de la protection dont elle dispose et facilite son exercice.

Ainsi, concurrence et liberté d'entreprendre semblent compatibles puisqu'elles entretiennent une relation très étroite. Mais cette compatibilité n'est que relative puisqu'il arrive que des situations de concurrence découlent sur des atteintes à la liberté d'entreprendre.

II. La concurrence, source d'atteintes à la liberté d'entreprendre.

Sur le marché, les différents acteurs commerciaux exerçant des activités similaires se trouvent en situation de concurrence. Ainsi, afin de protéger leur intérêts et de garantir des services ou produits attractifs pour la clientèle, il arrive qu'ils portent atteinte à la liberté d'entreprendre de leur concurrents. Ces atteintes peuvent provenir des services publics qui agissent en tant qu'acteurs commerciaux (A) mais également d'initiatives privées (B).

A. Les atteintes provenant des services publics.

La fin de XIXème siècle voit apparaître la création par les communes de services publics municipaux exerçant des activités industrielles et commerciales. Leur présence sur le marché les a conduit à une situation de concurrence par rapport aux entreprises privées qui, comme le précise Léon Walras dans *L'Etat et les chemins de fer*, n'est pas justifiée dans certains domaines notamment en ce qui concerne la production de biens visant à la satisfaction des besoins d'intérêt privé. Leur intervention constitue ainsi une atteinte à la liberté d'entreprendre des personnes et entreprises privées.

Le Conseil d'Etat est alors intervenu dans le but de régulariser la situation dans un arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers de 1930. Il considère que les activités de production et à caractère commercial sont réservées à l'initiative privée. Il estime donc que la création de services publics municipaux industriels et commerciaux n'est possible que si des circonstances particulières de temps et de lieu et l'intérêt public la justifient et ce, en l'absence d'initiative privée.

En pratique, il arrive souvent que des services publics interviennent même si l'activité en question fait l'objet d'initiatives privées. La question de la légitimité de l'intervention publique se pose alors. Selon l'arrêt Territoire de la Polynésie française du Conseil d'Etat de 2005, l'intérêt public justifiant l'intervention économique d'une collectivité territoriale peut être reconnu, pour certains services publics fondamentaux tels que celui des transports, alors

même que l'initiative privée ne serait pas défaillante et justifie ainsi l'intervention d'organes publics.

Selon la jurisprudence, il y a trois cas dans lesquels un intérêt public justifie la création d'un service public industriel et commercial.

Dans l'arrêt Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes de 1972, le Conseil d'Etat estime que ce type de service public est nécessaire dans les activités liées à l'exploitation d'une partie du domaine public. La personne publique est en droit de se réserver ou de réserver à son concessionnaire, le monopole de l'activité en cause en vue d'une meilleure utilisation du domaine public.

Il considère également dans l'arrêt Société Unipain de 1970 que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui suppose la libre concurrence et la liberté d'entreprendre ne fait pas obstacle à ce qu'une personne publique satisfasse, par ces propres moyens, aux besoins de ses services.

Le Conseil d'Etat pose aussi le principe selon lequel la personne publique a vocation normale ou naturelle à assurer certains services. En effet, il considère que des services publics industriels et commerciaux peuvent être créés afin de satisfaire les exigences de salubrité publique (lavoirs publics, bains-douches) dans un arrêt Blanc de 1933. Il en est de même pour un service municipal de consultation juridique selon l'arrêt Commune de Montmagny de 1970 et pour les équipements de santé publique selon l'arrêt Société La plage de la forêt de 1972.

Ainsi, l'intervention des pouvoirs publics dans les activités industrielles et commerciales porte, dans la pratique, de nombreuses atteintes aux règles de non concurrence entre personnes publiques et initiatives privées. De cette manière, la mise en concurrence de ces deux types d'acteurs commerciaux découle sur la mise en péril de la liberté d'entreprendre qui risque d'être compromise dans certains domaines par le retour effectif de monopoles d'Etat. La liberté d'entreprendre connaît également des remises en cause au vu de l'attitude de certains acteurs commerciaux privés.

B. Les atteintes provenant des autres initiatives privées.

Le principe de la libre concurrence permettant de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à la satisfaction efficace des besoins des individus découle parfois sur la mise en place de pratiques de stratégie économique qui ne sont pas toujours en accord avec l'exercice de la liberté d'entreprendre et les règles du jeu de la concurrence elle-même.

C'est la cas de l'entente. Cette pratique consiste en un accord entre deux ou plusieurs entreprises obligeant un ou plusieurs partenaires à un comportement économique bien défini. Elle constitue une atteinte à la concurrence puisque les conditions de l'accord entravent la libre fixation des prix et des conditions de transaction et découlent sur une limitation ou même un contrôle de la production et du développement industriel commercial ou financier des personnes ou entreprises partenaires.

Il en est de même en ce qui concerne l'abus de position dominante. Il se caractérise selon l'arrêt Hoffman-Laroche de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) de 1979, par « les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure du marché [...] et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent la compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence ». L'atteinte à la concurrence réside ainsi dans une domination de certains domaines de production et de prestation de services par des grandes entreprises qui occultent les activités provenant des initiatives privées plus modestes sur la scène commerciale.

La pratique de la fusion-acquisition constitue également une atteinte à la concurrence. Elle correspond au rachat d'une entreprise par un autre acteur économique, généralement une autre entreprise. Certes, cette opération présente des avantages puisqu'elle permet d'augmenter la force de frappe de l'entreprise bénéficiaire du rachat, de diversifier son activité tout en protégeant ses intérêts en écartant un éventuel concurrent. Mais, une utilisation systématique de cette pratique risque de découler sur le développement de monopoles de fait qui porteraient une grave atteinte à la concurrence.

Ainsi, la notion de concurrence connaît des remises en causes du fait de la pratique économique qui, à travers elle, atteignent également la liberté d'entreprendre. En effet, nous avons vu que liberté d'entreprendre et concurrence entretiennent des rapports d'interdépendance et plus précisément que la concurrence constitue une garantie de la liberté d'entreprendre. De cette manière, les atteintes portées à la concurrence réduisant son champ d'application et la mettant en péril face à la montée du phénomène de monopole constituent également un risque pour la liberté d'entreprendre dont l'exercice est limité par ces pratiques et dont le principe est directement contesté par le fait que certaines entreprises empêchent d'autres acteurs économiques d'accéder à certains domaines et d'agir librement pour satisfaire aux exigences de leur activité.

Pour éviter l'anéantissement total de ces deux notions indispensables à la logique libérale de l'économie européenne, le Traité de Rome dans ses articles 81 et 82 interdit aux Etats signataires la pratique d'accords et de décisions d'association d'entreprises susceptibles d'affecter le commerce et ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Ces dispositions sont reprises en droit français par l'article L 420-2 du Code de commerce ainsi que par une ordonnance du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence. Il existe également des instances destinées à contrôler la bonne concurrence au sein du marché telles que la . Direction Générale Concurrence de la Commission Européenne (aussi connue sous le nom de DG COMP).

Ainsi, la compatibilité entre concurrence et liberté d'entreprendre apparaît fragile au vu des nombreuses remises en cause que la liberté d'entreprendre subit du fait du jeu de la concurrence.